Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Heinz Schwenk,
Referendar.

Breslau 1929.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.
Berichterstatter: Prof. Dr. Rosenstock-Hüssy.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

2*

Einleitung.

Der Arbeitnehmer, der auf Grund eines unwirksamen Vertrages Arbeit geleistet hat, wird Ansprüche gegen den Arbeitgeber entweder auf Grund Geschäftsführung ohne Auftrag oder auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung zu erheben suchen. Aber sowohl die Geschäftsführung ohne Auftrag als auch die ungerechtfertigte Bereicherung sind an Voraussetzungen geknüpft, die neben dem Tatbestand der Arbeitsleistung gegeben sein müssen, damit sie zum Erfolge führen. Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 B.G.B.) bedingt, daß die Übernahme der Geschäftsführung seitens des Arbeitnehmers dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn dient, der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung entfällt, falls eine Bereicherung des Arbeitgebers nicht stattfindet, weil ihm eine Ausgabenersparnis durch die Leistung der Dienste des Arbeitnehmers nicht zuteil wurde. In beiden Fällen genügt also nicht die Tatsache der Arbeits**leistung** allein, sondern auch das Arbeits**ergebnis** gewinnt auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs des Arbeitnehmers maßgebende Bedeutung. Damit aber sind diese Hilfsansprüche dem Zufall, ja sogar dem Willen des Arbeitgebers preisgegeben, der auf Grund seines Direktionsrechts die Konkretisierung der zunächst nur der Gattung nach geschuldeten Arbeit in Speziesarbeit bestimmt.

Um diese für den Arbeitnehmer unbillige Härte auszuschalten, sieht § 52 des Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes[1]) bei Unwirksamkeit des Vertrages für geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigem Vertrage vor.

Jedoch schon das geltende Recht kennt einen bisher im Arbeitsrecht nicht beachteten und bewiesenen Fall, in dem eine durch ihr Alter qualifizierte Gruppe von Arbeitnehmern, nämlich die minderjährigen Arbeitnehmer, bei geleisteter Arbeit trotz Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrages Entgelt wie aus gültigem Vertrage beanspruchen können, und zwar nicht nur bei schwebender Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrages, also dann, wenn der gesetzliche Vertreter sich einer Willensäußerung enthielt, sondern auch dann, wenn er die Genehmigung versagte, der Minderjährige aber trotzdem die Arbeitsleistung erbrachte.

---

[1]) Reichsarbeitsblatt, Allgem. Teil 1923, 498 ff. Arbeitsrecht X, 449: 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, Stück 2. Molitor, Hueck, Riezler: Der Arbeitsvertrag und Entwurf, S. 281.

Ausführung.

I.

Es hat auch bisher schon nicht an Versuchen gefehlt, dem Minderjährigen, der seine Leistung erbracht hat, zur Gegenleistung zu verhelfen. Einen solchen Versuch unternimmt Oertmann, der von § 107 B.G.B. ausgeht und dessen Wesen darin sieht, daß der Minderjährige durch sein nicht genehmigtes Geschäft nicht verpflichtet werden können soll, während einer Berechtigung seinerseits durch den Vertrag an sich nichts im Wege stände. Hat nun der Minderjährige den Vertrag trotz seiner Unwirksamkeit so weit erfüllt, daß ihm zu erfüllen nichts mehr übrig bleibt, so besteht, wie Oertmann[1]) meint, das, was aus dem Vertrage noch zu gewähren ist, nur in der versprochenen Gegenleistung des Arbeitgebers, die als solche dem Minderjährigen ausschließlich rechtlichen Vorteil bringe, sein Vermögen in fördernder Weise berühre. Bei dieser Sachlage an der Unwirksamkeit des Vertrages festzuhalten, hieße nach Oertmanns[2]) Ansicht den Minderjährigen zu schädigen statt zu schützen und widerspräche daher dem Auslegungsgrundsatz des L. 25 D. 1, 3 (Modestinus) und der 1. 6 S. 1, 14: Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri.

Diese Beweisführung wird dem § 107 B.G.B. jedoch nicht gerecht. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob eine Willenserklärung einem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, ist eine zeitliche und sachliche Teilung in Leistung und Gegenleistung, wenn es sich um einen Vertrag handelt, unzulässig. Sie würde dazu führen, daß, sobald der Minderjährige einmal das Seinige getan hat, die Entgegennahme der Gegenleistung für ihn stets vorteilhaft ist. Das Gesetz sieht es jedoch auf die rechtliche Gesamtwirkung ab, die aus der Willenserklärung entsteht, und diese ist bei gegenseitigen Verträgen niemals lediglich vorteilhaft.[3])

Was aber den Auslegungsgrundsatz betrifft, so ist er deshalb zurückzuweisen, weil die Regelung der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht nur im Interesse der Minderjährigen gegeben ist,

[1]) Oertmann, § 110, 7.
[2]) Oertmann, § 110, 7.
[3]) Ebenso Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 136/37.

sondern auch mit Rücksicht auf die Interessen derer, die mit dem Minderjährigen in Verkehr treten.[4])

Der § 107 B.G.B. kann also als Ausgangspunkt der Beweisführung nicht in Betracht kommen.

II 1.

Viel näher liegt es, den § 110 B.G.B. zu prüfen, der Ansprüche bei unwirksamem Vertrage, aber erbrachter Leistung gewährt. Der § 110 B.G.B. gedenkt der Minderjährigen, die behufs ihrer Ausbildung oder Erlernung eines Berufs mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters außerhalb des Wohnsitzes des Vertreters sich aufhalten, für ihre Lebensbedürfnisse selbst zu sorgen haben und dafür die Mittel erhalten.[5]) Er bestimmt, daß ein von einem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener aber mit solchen Mitteln erfüllter Vertrag als von Anfang an wirksam gelten soll.

Im früheren Recht fehlte eine dementsprechende Vorschrift, so daß Theorie und Praxis hier erheblich geschwankt haben.[6]) Die Partikulargesetzgebung[7]) hatte nur in einzelnen Fällen Bestimmungen über Minderjährige getroffen, die sich außerhalb des Wohnsitzes des gesetzlichen Vertreters mit dessen Zustimmung aufhalten. Das allgemeine Landrecht[8]) erklärte, daß der Vater, der das Kind in väterlicher Gewalt zu einer gewissen Bestimmung außer dem Hause widmet, damit alle Verträge genehmigt, ohne welche das Kind die Bestimmung nicht erfüllen kann. In diesen Zusammenhang gehören auch die sog. „akademischen Kreditgesetze“,[9]) die insbesondere für die Annahme von Vorlesungen seitens minderjähriger Studierender die Genehmigung des Vaters unterstellten.[10])

---

[4]) Vgl. Motive Bd. I S. 133: „In dem Schutze der Minderjährigen darf nicht weitergegangen werden, als mit der materiellen Gerechtigkeit verträglich ist.“

[1]) Rehbein, D. B.G.B. mit Erläut., I. Bd. allg. Teil, 1. Aufl. 1899, §§ 104—115 (§ 110), Nr. 4 S. 111. Staudinger, Komm. z. B.B.G., I. Bd., 9. Aufl. 1925, § 110, 4 S. 439. Schellwien, D. Verf. Antr. d. Minderj. in Z. f. ges. Verf. Wiss., Bd. 7 Heft 21 S. 29 ff.

[2]) Motive, S. 148 ff. Oertmann, a. a. O. § 110, I.

[3]) Vgl. Übersicht bei v. Blume in Jherings Jahrb., Bd. 48 S. 417 ff.

[4]) A.L.R. II, 2 § 127.

[5]) Siehe Staudinger, a. a. O. § 104, 4.

[6]) Vgl. Motive, § 69.

[7]) Motive, § 69.

[8]) Oertmann, a. a. O. § 110, 2. Planck, a. a. O. § 110, 1. Schellwien, a. a. O. S. 29.

[9]) Motive, § 69.

[10]) Oertmann, a. a. O. § 110, 2. Planck, a. a. O. § 110, 1. Schellwien, a. a. O. S. 29.

Ist nun dieser § 110 B.G.B. bei Arbeits- und Dienstleistung Minderjähriger anwendbar?

Als Leistungsobjekt im § 110 kommen nur Mittel in Betracht, die dem Minderjährigen überlassen worden sind. Wenn es im § 110 heißt: „Der Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt wird, die dem Minderjährigen . . . überlassen worden sind“, so wird man dieser Bestimmung nicht gerecht, wenn man sie auf Geldleistung beschränkt. Der Gesetzgeber selbst hat zunächst an Geldmittel gedacht wie Taschengeld, Wechsel der Studierenden usw. Die Motive sagen nämlich:[7]) „Die Vorschrift des § 69 trägt der Sitte Rechnung, daß heranwachsenden Minderjährigen gewisse Geldbeträge zu freier Verfügung oder zur Verwendung für bestimmte Zwecke vom gesetzlichen Vertreter überwiesen werden. Ein größeres oder geringeres Taschengeld ist allgemein üblich.“ Nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes ist jedoch die Annahme, daß nur Geldmittel in Frage kommen, nicht geboten.[8]) Die Motive[9]) sprechen denn auch weiter davon: „Mitunter werden auch sonstige Vermögenswerte Minderjährigen in der gedachten Art überlassen.“ Es handelt sich also allgemein um sachliche Objekte.[10])

Wie aber, wenn der Minderjährige den Vertrag nicht mit den ihm vom Vertreter überlassenen Mitteln, sondern mittels einer trotz seiner Minderjährigkeit rechtsgültigen Leistungshandlung erfüllt? Außer sachlichen Objekten will die Lehre[11]) fast allgemein auch Dienst- und Arbeitsleistungen der Minderjährigen den überlassenen Mitteln zuzählen. Eine Begründung wird jedoch meist nicht gegeben. Eins steht fest: schwerlich wird man behaupten können, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Dienst- und Arbeitskräfte, mit denen der Minderjährige die Dienst- und Arbeitsleistungen bewirkt, überläßt. Vielmehr kommen als „Mittel“ im Sinne des § 110 B.G.B. nur Vermögensgegenstände im engeren Sinne in Betracht, bei denen eine „Überlassung“ überhaupt denkbar ist.[12]) Daher wird der Tatbestand, nach dem auf seiten des Minderjährigen eine Arbeits- oder Dienstleistung vorliegt, durch den § 110 B.G.B. unmittelbar nicht gedeckt.

---

[11]) Z. B. Biermann, a. a. O. § 61 Anm. 17. Dernburg, Die allg. Lehren des bürg. Rechts, 3. Aufl., Halle 1906, § 112, V, Enneccerus, a. a. O. § 143, II, 3 b. Hölder, a. a. O. § 110 Bem. 2 b. Oertmann, a. a. O. § 110, 7. Planck, a. a. O. § 110 Ziff. 7. A. A. dagegen: Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag, S. 20. Marwitz, im „Neuen Weg“, Organ der Bühnengenossenschaft, Jahrg. 39 (1910), S. 725 ff. Planck, 3. Aufl. § 110 Bem. 1. R.G.R. Komm. § 110, 3.

[12]) R.G.R. Komm. § 110, 3.

II 2 a α.

Ist nun eine Analogieanwendung des § 110 B.G.B. statthaft? Wollte man in der Überlassung der Mittel eine *Zustimmung* zu dem von dem Minderjährigen vorzunehmenden oder vorgenommenen Rechtsgeschäft erblicken, so wäre die Analogie unzulässig: Denn in der Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung des Minderjährigen mit seiner *Arbeitskraft* kann eine konkludente Willenserklärung des gesetzlichen Vertreters, eine Zustimmung, *niemals* liegen. Gelingt es also nachzuweisen, daß weder in der Überlassung von Mitteln zu freier Verfügung noch in der Überlassung von Mitteln zu einem bestimmten Zweck eine solche Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) zum Ausdruck kommt, sondern daß das Gesetz seine Wirkung an der Erfüllung der Leistung anknüpft, so steht der analogen Anwendung des § 110 B.G.B. kein Hindernis entgegen.

Das Problem läßt sich auch anders formulieren. Wäre nämlich in der Überlassung eine Zustimmung enthalten, so würde § 110 B.G.B. lediglich einen besonderen Fall des § 107 B.G.B. darstellen. Daher ist auch folgende Problemstellung möglich:

Ist § 110 B.G.B. eine Ausnahme oder ein besonderer Fall des § 107 B.G.B.?

Es ist also zunächst darzulegen, daß in der Überlassung von Mitteln zu freier Verfügung eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht liegt. Nach § 110 B.G.B. können dem Minderjährigen Mittel zu freier Verfügung überlassen werden. Würde die Überlassung zu freier Verfügung eine Zustimmung zu dem von dem Minderjährigen vorzunehmenden oder vorgenommenen Rechtsgeschäft bedeuten, so müßte das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff des Generalkonsenses kraft Aufsichtsrechts kennen. In Wirklichkeit ist ihm aber dieser Begriff fremd.

αα.

Eine Würdigung der Gesetzesmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt folgendes:

Die Motive[13]) und Protokolle[14]) nehmen mit aller Entschiedenheit gegen die Annahme eines solchen Generalkonsenses Stellung. Unter den gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf[15]) finden sich Meinungen, die ebenso unbedingt den § 110 B.G.B. für notwendig wie ihn wieder andere für überflüssig halten.[16]) Daher

---

[13]) Motive, zum Entwurf eines B.G.B., Bd. I S. 146.

[14]) Protokolle d. Komm. d. Entw. I S. 66.

[15]) Hachenburg, zit. nach Zus. gutachtl. Äuß. z. Entw. S. 123.

[16]) Bähr, zit. nach Zus. gutachtl. Äuß. z. Entw. S. 124; ebenso Hölder, zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines B.G.B. für das Deutsche Reich im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 73 S. 65 („§ 69 —

nimmt auch eine Anzahl Schriftsteller eng im Anschluß an die Motive zur Frage der Bedeutung des § 110 B.G.B. Stellung.[17]) Selbstverständlich geben die Materialien nicht den Inhalt des Gesetzes wieder, sondern sind nur „ein Internum der bei der Gesetzgebung beteiligten Organe; nur der Gesetzeswortlaut und das Bedürfnis des Rechtslebens sind taugliche Auslegungsmittel“.[18]) Die Materialien geben uns aber eine Bestätigung der Richtigkeit des im Gesetz liegenden Sinnes, der auf anderem Wege zu erforschen ist.

ββ)

Die Stellungnahme des alten römischen und deutschen Rechts zu diesem Problem ist in der Literatur nirgends zu finden. Die Bestimmung der D. 26, 8, 9, 5 läßt darauf schließen, daß weder eine nachträglich noch eine schriftlich abgegebene Zustimmung des tutor das Geschäft gültig machte; er mußte vielmehr bei der Vornahme des Rechtsaktes stets zugegen sein, was ja bei der Erteilung eines generellen Konsenses unmöglich ist.

Im gemeinen Recht herrscht über das Problem Streit. Heinzerling[19]) vertritt den Standpunkt des Generalkonsenses, und zwar stützt er sich auf das „gemeine Gewohnheitsrecht“ und auf Urteile[20]) aus den Jahren 1833, 1844 und 1855, Jhering[21]) nimmt zu der Frage des allgemeinen Konsenses bei der Behandlung der Haftung der studierenden Minderjährigen keine Stellung. Janke[22]) teilt den Standpunkt Heinzerlings, während Kräußlich[23]) den entgegengesetzten vertritt.

Auch im Preußischen Recht ist die Frage ungeklärt. Auf der einen Seite stehen Eccius[24]) und Dernburg,[25]) auf der anderen

---

§ 110 B.G.B. — lieber streichen, wenn die Aufstellung eine allgmeine Vermutung des Konsenses Bedenken erregt“).

[17]) So z. B. Scherer, B.G.B. Bd. I, 1. Aufl. Erl. 1897, S. 150/51.

[18]) Cosack, Lehrb. I S. 39.

[19]) Heinzerling, Handlungsfähigkeit Minderjähriger im Arch. f. prakt. Rechtsw., Neue Folge Bd. 17 S. 184.

[20]) Seuffert, IX Nr. 305 und 306; X Nr. 61.

[21]) Jhering, Kritisches und Exegetisches Allerlei in „Gesammelte Aufsätze aus den Lehrb. f. d. Dogmatik d. heut. römischen und deutschen Privatrechts“, 1888, Bd. II S. 383.

[22]) Janke, Vertrag d. Minderjährigen, Diss. Greifswald 1901, S. 16.

[23]) Kräußlich, Die Geschäftsfähigkeit d. Minderjährigen, Diss. 1898, S. 19.

[24]) Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. II 6. Aufl., Berlin 1892, S. 143.

[25]) Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Privatrechts, Bd. I, 4. Aufl. Halle 1884, § 74.

Gierke,[26]) Stobbe[27]) und Regelsberger.[28]) Gierke, Stobbe und Regelsberger treten für den Generalkonsens ein und halten sich an die oben zitierten Entscheidungen. Das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger gibt trotz ähnlicher Bestimmungen wie die der §§ 112, 113 B.G.B. keinen Aufschluß über die Lösung des Problems. Aus dem Preußischen Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Studierenden vom 29. Mai 1879 folgt aus § 1 Abs. 2: „Jedoch darf daraus, daß ein Studierender zur Zeit der Annahme einer Vorlesung minderjährig war oder unter väterlicher Gewalt stand, ein Einwand gegen die Verpflichtung zur Zahlung des Honorars nicht entnommen werden" die Unzulässigkeit einer besonderen Behandlung gewisser Minderjähriger bzw. einer aus der Einwilligung zum Studium etwa sich ergebenden generellen Einwilligung, da nach § 1 Abs. 1 „die Eigenschaft eines Studierenden keine Ausnahme von den Bestimmungen des allgemeinen Rechts begründe".

77)

Die Kontroversen über den Generalkonsens bzw. über die Bedeutung des § 110 B.G.B. und sein Verhältnis zu § 107 B.G.B. sind auch im heutigen Recht vorhanden. Ein Teil der Autoren[29]) hält den § 110 B.G.B. für überflüssig eventl. als Auslegungsregel für ganz wertvoll, ein anderer[30]) sieht ihn als unentbehrlich an.

Wie stellt sich nun die Literatur zu der Frage des Generalkonsenses in § 110 B.G.B., die mit der Frage des Verhältnisses von § 110 B.G.B. zu § 107 B.G.B. und der Analogiemöglichkeit bei immateriellen Mitteln identisch ist, im einzelnen?

Die analoge Anwendung des § 110 B.G.B. befürwortet die Lehre fast allgemein, jedoch entweder ohne Begründung[31]) oder mit Begründung von Treu und Glauben.[32]) Warum stehen z. B. Mittel, über die der Minderjährige von Natur frei verfügen kann,

---

[26]) Gierke, Otto, Dtsch. Privatrecht, Bd. I, 1. Aufl. Leipzig 1895, S. 387 Anm. 47.

[27]) Stobbe, Dtsch. Privatrecht, Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1893, S. 337.

[28]) Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893, S. 482 § 131.

[29]) So Cosack, § 80, II, 2 c. Dernburg, § 120 Anm. 11. Enneccerus, § 143 Anm. 4. Oertmann, § 113, 8. Rehbein, Bd. I S. 111. Staudinger, Bd. I S. 438 Anm. 1. v. Thur, Der allg. Teil d. Dtsch. Bürg. Rechts, II. Bd., 1. Hälfte 1914, S. 346 Anm. 80.

[30]) v. Blume, in Jherings Jahrb. 48, 417. Crome, System, Bd. I S. 368. Endemann, Lehrb. d. Bürg. Rechts, 9. Aufl. Berlin 1903, Bd. I § 29. Rehbein, a. a. O. S. 111.

[31]) So z. B. Enneccerus, a. a. O. § 143, 3 b, S. 386. Warneyer, Komm. z. B.G.B. f. d. Dtsch. Recht, 1. Lieferung 1919, § 110, I.

[32]) Staudinger, a. a. O. § 110. Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 137/38.

den ihm vom Vertreter überwiesenen in ihrer Bedeutung für § 110 B.G.B. gleich?[33]) Doch nur dann, wenn sich in ihm eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, ein Generalkonsens kraft Aufsichtsrechts nicht verkörpert, weil es einen solchen Generalkonsens im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gibt.

Staudinger hält den § 110 B.G.B. mehr für eine Verdeutlichung als für eine Neuerung. Es sei darum nicht zutreffend, den § 110 B.G.B. etwa als eine Ausnahmevorschrift gegenüber § 107 B.G.B. aufzufassen, vielmehr sei die Verdeutlichung, welche § 110 B.G.B. gebe, eine wünschenswerte, da die hier behandelten Fälle praktisch ungemein häufig vorkämen und durch die Bestimmtheit der Vorschrift für sie die sonst oft nicht leichte Untersuchung, ob wirklich nach Lage des Einzelfalles eine stillschweigende Willenserklärung anzunehmen sei, entbehrlich werde. Man könne hier auch von präsumptiver Zustimmung reden. Die Bedenken, die in dieser Konstruktion liegen, entdeckt Staudinger selber: Wenn also § 110 B.G.B. davon spreche, daß in diesem Falle der vom Minderjährigen „ohne Zustimmung" des gesetzlichen Vertreters geschlossene Vertrag als von Anfang an wirksam gelte, so sei diese Formulierung eigentlich bedenklich (!!); denn es liege eben in dem vom Gesetz gemeinten Fall regelmäßig eine konkludente Zustimmung vor.

Staudinger[34]) sind Hachenburg,[35]) Cosack[36]) und Goldmann-Lilienthal[37]) anzureihen.

Konsequent ist Enneccerus, der für den Fall, daß ein Minderjähriger mit Geld, das ihm zu freier Verfügung überlassen war, sich eine Wohnung mietet und auf ein halbes Jahr im voraus den Mietszins bezahlt, den Mietvertrag für dieses halbe Jahr für vollgültig erklärt, auch wenn der Vormund mit diesem Mietvertrage nicht zufrieden sein sollte.[38]) „Der obligatorische Vertrag wird (nein „ist") von Anfang an wirksam, da anzunehmen ist, daß sich die stillschweigende Einwilligung auf ihn mit bezog."[39]) Eine ähnliche Begründung ist bei Hölder[40]) in seiner „Kritik zum allgemeinen Teil eines Bürgerlichen Gesetzbuchs" zu lesen, worin

---

[33]) Diese Begründung gibt Warneyer, a. a. O. § 110, 1.

[34]) Vgl. Riezler, Die freie Verfügungsmacht des Minderjährigen und das „Surrogationsprinzip" in D.J.Z. 1903, S. 566 ff.

[35]) Hachenburg, Vorträge über das B.G.B., 2. Aufl. 1900, S. 454.

[36]) Cosack, B.G.B. I 1903, § 55 Nr. II, 3.

[37]) Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B., allg. Teil, II. Aufl. 1901, § 110 S. 143.

[38]) Enneccerus, a. a. O. § 143, 3 b.

[39]) So wörtlich Enneccerus, a. a. O. § 143, 3 b.

[40]) Hölder, Im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 73. S. 65.

er aus diesem Grunde den § 69 des Entwurfs (jetzt § 110 B.G.B.) für nicht notwendig hält.

Auch Kohler[41]) scheint in dem § 110 B.G.B. nur eine Konsequenz der §§ 107, 108 B.G.B. zu sehen, wie auch Rehbein[42]) darauf hinweist, daß er den § 110 B.G.B. „nicht für eine Änderung des allgemeinen Prinzips“ halte. Neumann[43]) gehört ebenfalls auf diese Seite, wenn er zu § 110 B.G.B. sagt, der Grund der Wirksamkeit sei die generelle Zustimmung, — sicherlich, sofern es den Generalkonsens kraft Aufsichtsrechts gäbe. Nach dem Reichsgerichtsräte-Kommentar[44]) knüpft zwar das Gesetz die Wirkung des Vertrages unmittelbar an die Leistung des Minderjährigen, aber der rechtliche Grund sei nicht in der Leistung selber, sondern in der vom gesetzlichen Vertreter im voraus erteilten, in der Überlassung der Mittel sich aussprechenden Einwilligung zu finden. Der § 110 B.G.B. enthalte daher auch nur einen besonderen Anwendungsfall von § 107 B.G.B. Schließlich ist noch Dernburg[45]) zu nennen, nach welchem die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch stillschweigend möglich sei und nicht für den einzelnen Fall, sondern vielmehr auch allgemein erteilt werden könne. Nur das sei richtig, daß eine g a n z allgemeine Einwilligung wie die, daß der Vertreter zu dem Minderjährigen sagt: „Mache, was Du willst, ich bin mit allem einverstanden“ unzulässig sei. Die Unterscheidung Dernburgs zwischen allgemeiner und ganz allgemeiner Einwilligung ist sicherlich dem Bürgerlichen Gesetzbuche fremd!

Auf der anderen Seite steht Planck:[46]) „§ 110 B.G.B. ist eine Ausnahmebestimmung; der obligatorische Vertrag wäre sonst genehmigungsbedürftig; stillschweigende Genehmigung ist . . . . . bei freier Verfügungsstellung nicht anzunehmen.“

Kommt es auf stillschweigende oder ausdrückliche Zustimmung an oder handelt es sich nicht vielmehr um die Frage Zustimmung oder keine Zustimmung? Der begriffliche Unterschied zwischen einer stillschweigenden und einer ausdrücklichen Willenserklärung liegt entweder nach der objektiven Seite in der Eigenart der Erklärungsmittel[47]) oder nach der subjektiven Seite in dem Kund-

---

41) Kohler, Lehrb. d. Bürg. Rechts, Bd. I 1906, S. 280.
42) Rehbein, a. a. O. S. 111.
43) Neumann, Handausgabe des B.G.B., Bd. I 1912, § 110.
44) R.G.R. Komm., § 110, 1.
45) Dernburg, Das bürg. Recht, 3. Aufl. 1906, Bd. I § 120, II, 4 S. 403.
46) Planck, a. a. O. Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1903, § 110, 1 S. 195.
47) Fritze, Die stillschw. Willenserklärung im B.G.B., Arch. f. bürg. Recht, Bd. 14 S. 215.

gebungszweck[48]), mit anderen Worten: der Unterschied beruht nur auf der Äußerungsform der Zustimmung, nicht aber auf der Wirkung.

Plancks Ansicht teilt Endemann:[49]) „daß auch der obligatorische Vertrag gültig wird, ergibt erst § 110 B.G.B."

Besonders klar bringt Oertmann[50]) zum Ausdruck, daß unmöglich darin, daß der Vertreter dem Minderjährigen Mittel zu freier Verfügung gibt, eine stillschweigende Genehmigung aller vom Minderjährigen etwa geschlossenen, dem Vertreter vielleicht ganz unbekannten, seinen Wünschen und Befehlen geradezu widersprechenden Geschäfte des Minderjährigen zu erblicken sei. Auf seiten Oertmanns stehen Crome,[51]) Kuhlenbeck[52]) und Hölder.[53]) Von einer bedingten Einwilligung oder Genehmigung der Verträge, die mit überlassenen Mitteln erfüllt sind, geht Matthias[54]) aus, wobei er als Bedingung der Gültigkeit die dingliche Verfügung betrachtet; dieselbe Konstruktion wählt Zitelmann.[55]) Zu einer Klärung führt sie nicht. Denn auch bei einer bedingten Zustimmung müßte die Beziehung des Zustimmenden zu dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft dieselbe bleiben wie bei einer unbedingten, auch ein bedingter Generalkonsens setzt einen Generalkonsens voraus.

Diese Zusammenstellung der Literatur möge als Beweis der Fülle von Meinungen über die Bedeutung und Konstruktion des § 110 B.G.B. genügen.

δδ)

Das Reichsgericht[56]) hat bisher in einer einzigen Entscheidung zu § 110 B.G.B. Stellung genommen. Es sieht in der Überlassung gewisser Mittel an den Minderjährigen eine „im allgemeinen" erklärte Einwilligung, welche die fehlende „besondere Zustimmung" sowohl nach der dinglichen wie nach der schuldrechtlichen Seite ersetze, so daß das geschlossene Geschäft von Anfang an wirksam werde, wenn es demnächst aus den überlassenen Mitteln

---

[48]) Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach dtsch. bürg. Recht, Bd. I 1903, S. 134. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1906, S. 242.

[49]) Endemann, Lehrb. d. Bürg. Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903 S. 132 Anm. 20.

[50]) Oertmann, a. a. O. § 110, 1.

[51]) Crome, System, Bd. I 1900, S. 368.

[52]) Kuhlenbeck, Das B.G.B. f. d. Dtsch. Reich, Bd. I, 2. Aufl. 1903, § 110.

[53]) Hölder, a. a. O. § 110.

[54]) Matthias, Lehrb. d. Bürg. Rechts, Bd. I 1900, § 110.

[55]) Zitelmann, Das Rechtsgeschäft, S. 70.

[56]) R.G.Z., Bd. 74 S. 235.

erfüllt werde. Das Wesentliche bleibe also auch in den Fällen des § 110 B.G.B. die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Die Entscheidung entbehrt sowohl einer Begründung als auch einer Stellungnahme zur Literatur. Sie geht einerseits von der Zulässigkeit einer allgemeinen Einwilligung aus, folgert aber daraus nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sondern verlangt noch unbedingt dessen Erfüllung. Schließlich setzt das Reichsgericht dieser generellen Einwilligung, um zu einer billigen Entscheidung zu gelangen, sowohl gesetzliche Schranken — §§ 1644, 1824 B.G.B., verbunden mit §§ 1821, 1822 B.G.B. — als auch die aus den Umständen des einzelnen Falles sich ergebenden Beschränkungen. Woraus entnimmt aber das Reichsgericht die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Einwilligung? Es huldigt der Zitelmannschen Ansicht:[57]) „daß der Mundwalt eine solche generelle Einwilligung geben kann, ist zwar nirgends gesagt, folgert aber doch wohl daraus, daß sie ihm nicht untersagt ist". Aus dem Schweigen des Gesetzes über den Generalkonsens seine Zulässigkeit zu entnehmen, ist jedoch bedenklich. Die Beweisführung aus dem Schweigen des Gesetzes heraus ist nur dann richtig, wenn das Ergebnis mit der ratio und den übrigen Vorschriften des Gesetzes im Einklang steht.

β) αα)

Wie stellt sich nun aber das Gesetz zum Generalkonsens kraft Aufsichtsrechts und zu der Frage, ob in der Überlassung zu freier Verfügung zugleich auch eine stillschweigende Zustimmung zu den obligatorischen Verträgen liegt?

Wäre der Generalkonsens zulässig, so könnte der gesetzliche Vertreter zu einem obligatorischen Vertrage mit rechtlicher Wirksamkeit zustimmen, ohne daß er, wie dies bei freier Verfügungsstellung nicht anders möglich ist, einen speziellen obligatorischen Vertrag im Auge hat. Sollte nun der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung im voraus zu unbestimmten, unübersehbaren und gar nicht näher konkretisierten Rechtsgeschäften erteilen können? Daß sich dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt[58]) oder daß dies selbstverständlich ist, da das Gesetz es nicht ausschließt,[59]) ist keine zwingende Begründung. Das Gesetz selber gibt genügend Anhaltspunkte, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen

---

[57]) Zitelmann, Das Rechtsgeschäft im Entw. eines B.G.B f. d. Dtsch. Reich in Becker und Fischers Beiträge, 7. und 8. Heft, Berlin 1889, S. 67.

[58]) Dernburg, Das Bürg. Recht, Bd. I S. 403. Enneccerus, a. a. O. S. 355 Anm. 4.

[59]) Kipp-Windscheidt, Pandekten I, 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900, S. 282.

keine allgemeine Einwilligung erteilen kann. Vor allem spricht dafür das Vorhandensein der besonderen Bestimmungen der §§ 112, 113 B.G.B., die dem gesetzlichen Vertreter gestatten, dem Minderjährigen in bestimmten Fällen eine allgemeine Einwilligung zu erteilen. Gerade die §§ 112, 113 B.G.B. beweisen, daß der Gesetzgeber überall da, wo er eine selbständigere Stellung des Minderjährigen auf Grund der Machtvollkommenheit des gesetzlichen Vertreters für nötig hält, diesen erst selbst ausdrücklich zu einer umfassenderen, allgemeinen Einwilligung, Ermächtigung genannt, befugt und diese erst selbst ausdrücklich anordnet und zuläßt, daß also in anderen Fällen eine solche nicht in Frage kommen und der gesetzliche Vertreter ohne ausdrückliche Bestimmung zu einer den Minderjährigen freier stellenden allgemeinen Einwilligung nicht berechtigt sein soll.[60]) Dabei ist es noch zweifelhaft, ob sich aus den §§ 112, 113 B.G.B. der Generalkonsens als solcher begründen läßt.[61]) Handelt es sich doch in den §§ 112, 113 B.G.B. nicht so sehr um eine generelle Einwilligung als um eine kraft Gesetzes unabhängig vom Willen des Ermächtigenden eintretende unbeschränkte Geschäftsfähigkeit (Beweis: beschränkte Rücknehmbarkeit), die bei einer generellen Einwilligung niemals eintreten kann.[62]) Würde also begrifflich ein Unterschied zwischen genereller Einwilligung und Ermächtigung nicht vorliegen,[63]) das Gesetz macht ihn, indem es der Ermächtigung andere Wirkungen zuschreibt als der Einwilligung. Wollte man aber schon in der Ermächtigung der §§ 112, 113 B.G.B. eine Einwilligung für mehrere Verträge sehen, so sind die §§ 112, 113 B.G.B. eben Sonderbestimmungen, aus denen hervorgeht, daß nur innerhalb der in ihnen gezogenen Grenzen eine allgemeine Einwilligung statthaft ist.[64])

ββ) ααα)

Die Worte des § 110 B.G.B. „ohne Zustimmung“ werden für eine bedenkliche Formulierung erklärt.[65]) Bedenklich ist sie aber nur dann, wenn sie sich der eigenen Konstruktion nicht einfügt. Gerade daraus, daß die Worte „ohne Zustimmung“ bei der Zu-

---

[60]) So auch Hachenburg, Vortrag über das B.G.B., 2. Aufl. 1900, S. 455.

[61]) Wie ihn Kipp-Windscheidt a. a. O. S. 282 aus den §§ 112, 113 begründet.

[62]) Planck, Bürg. Gesetzbuch, Bd. I, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1913, § 112, 1. Staudinger, B.G.B. Bd. I, 9 Aufl. 1925, § 112, 5; § 113, 3.

[63]) Wie es annehmen: v. Blume in Iherings Jahrb., Bd. 48 S. 437 ff., besonders S. 437. Cosack, Bürg. Recht, I S. 192. Endemann, Lehrb., I S. 131 Anm. 14.

[64]) Rosendorf, Erläut. des § 110 B.G.B., Diss. Jena 1910, S. 17.

[65]) Staudinger, a. a. O. § 110, 1.

lassung des Generalkonsenses bedenklich wären, ja sogar mit ihm in Widerspruch ständen, folgt die Unzulässigkeit des Generalkonsenses. Ist es bei der Unhaltbarkeit der gegenteiligen Ansicht verwunderlich, wenn Hachenburg[66]) ausruft: „Das Gefühl, daß der Boden hier wankt, wird man nicht los!?"

ββ)

Für die Unzulässigkeit des Generalkonsenses sprechen noch andere Erwägungen. Wäre der Generalkonsens zulässig, so wäre damit, da in der Überlassung von Mitteln ein Generalkonsens zu erblicken ist, der Vorschrift des § 108 B.G.B. genügt worden und eine weitere Bestimmung (der § 110!) überflüssig. Bei der Vorschrift des § 108 B.G.B. bleibt es in der Tat so lange, als nicht mit den überlassenen Mitteln erfüllt worden ist. So wie aber die Erfüllung hinzutritt, wird diese selbst wirksam und tritt an deren Stelle. Das ist die Besonderheit und Bedeutung des § 110 B.G.B.; die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wird ganz ausgeschaltet. Dieser Schluß ist wichtig für die weiter unten zu behandelnde, in der Literatur nirgends erörterte Frage der analogen Anwendung des § 110 B.G.B. bei Dienst- und Arbeitsleistungen, die gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters auf Grund eines von ihm nicht nur nicht genehmigten, sondern ausdrücklich mißbilligten Vertrages verrichtet worden ist.

γγ)

Die Unzulässigkeit des Generalkonsenses muß sich aber auch aus dem Wesen der Zustimmung ergeben. Wenn diese Zustimmung genau so wie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auf ein Aufsichtsrecht zurückzuführen ist, das dem Interesse des Mündels dient, so wird bei dem Mangel einer speziellen Regelung die generelle Ausübung des dem Vormunde im Interesse des Schutzbedürftigen gegebenen Rechtes niemals zulässig sein.

Woraus ergibt sich nun das Wesen der Zustimmung als einer Zustimmung kraft Aufsichtsrechts?

Es geht unmittelbar aus § 107 B.G.B. hervor:

Sobald der Minderjährige durch seine Willenserklärung einen rechtlichen Vorteil erlangt, hört die Schutzbedürftigkeit und damit auch der Schutz des Gesetzes, der sich in der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zeigt, auf.[67]) Hierin spiegelt sich das Prinzip wider, um das es sich handelt: Aufsichtsrecht im Interesse des Minderjährigen, nicht aber Vertretung, d. h. nicht Ignorieren der Rechtspersönlichkeit des Minderjährigen wie der des Geschäfts-

[66]) Hachenburg, Vortrag über das B.G.B., S. 455.
[67]) Breit, Die Geschäftfähigkeit, Bd. I, Leipzig 1903, S. 19.

unfähigen, dessen Wille für die Rechtsordnung nicht vorhanden ist. Denn zur Vertretung gehört ein Handeln im Namen, also für, an Stelle eines anderen. Gibt nun aber der gesetzliche Vertreter „im Namen" des Mündels, im Sinne des § 164 B.G.B. in Vertretung des Mündels seine Erklärung ab? Nein, denn darin, daß der Vertreter ein vom Mündel selbst geschlossenes Rechtsgeschäft genehmigt, liegt deswegen keine Vertretung des Mündels, weil der Mündel selbst der Handelnde ist und bleibt.[68]) Zweierlei Funktionen des gesetzlichen Vertreters sind also zu unterscheiden, nämlich die, bei der er an Stelle des Mündels handelt und wirklich im Sinne der §§ 164 ff. B.G.B. als Vertreter bei Abgabe einer Willenserklärung auftritt, andererseits die Funktion, bei der er seine Zustimmung zum Handeln des Mündels gibt, ohne ihn zu vertreten. Der Unterschied beider Arten von Zustimmung liegt nicht darin, daß die eine eine Willenserklärung, die andere Ausübung eine Amtsgewalt ist, die dem Mundwalt vielleicht kraft einer Privatautonomie zusteht[69]) und bei deren Erteilung er wie ein Beamter auf Grund staatlicher Ermächtigung handelt;[70]) vielmehr unterscheidet sich die Zustimmung des Mundwalts von der des Geschäftsherrn dadurch, daß der Mundwalt, wenn er von seinem Zustimmungsrecht Gebrauch macht, in Ausübung eines Rechts und einer Pflicht handelt, die ihm das Gesetz beigelegt hat, daß er nicht also, wie v. Blume[71]) annimmt, an Stelle des Gesetzes, vice legis, sondern vi legis handelt: das Gesetz verleiht seiner Erklärung die Kraft, daß das Rechtsgeschäft seines Mündels nunmehr volle rechtliche Wirksamkeit besitzt.[72])

Aus dieser Beziehung der Einwilligung zu dem einwilligungsbedürftigen Rechtsgeschäft folgt die Beziehung des Minderjährigen zum gesetzlichen Vertreter: die Einwilligung ist nicht Bestandteil des von dem Minderjährigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, sondern sie ist von ihm losgelöst und bildet eine Gesetzesbedingung für die Wirksamkeit des Vertrages.[73])

---

[68]) Breit, Zur Lehre von der vormundschaftlichen Genehmigung im „Zentralblatt für Freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat", 4. Jahrg. 1904, S. 394.

[69]) So v. Blume in Iherings Jahrb., Bd. 48. S. 434.

[70]) So Bernhöft, Das bürg. Recht in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901, S. 530.

[71]) v. Blume in Iherings Jahrb., Bd. 48 S. 433: „Der Mundwalt erteilt die Zustimmung nicht als gesetzlicher Vertreter."

[72]) Breit, Zur Lehre von der vormundschaftlichen Genehmigung, a. a. O. S. 594. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. I S. 529. Hölder, a. a. O. S. 243.

[73]) Bernhöft, a. a. O. S. 530. Biermann, Bürg. Recht, I S. 162: Zustimmung ist „ergänzendes" Rechtsgeschäft. Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 207: formelle Selbständigkeit der Zustimmung. Eltzbacher, Hand=

Nicht um sich selber, sondern immer um des Mündels Willen erteilt der Mundwalt seine Zustimmung im Gegensatz zu dem Geschäftsherrn, der seine Zustimmung um seiner selbst willen erteilt und die Wirkungen des Geschäfts, das sein Vertreter in seinem Namen abgeschlossen hat, in seiner Person eintreten lassen will. Der Geschäftsherr beteiligt sich also am Rechtsgeschäft selber: seine Zustimmung ist eine Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung.[74]) Da die Wirkungen des von ihm genehmigten Rechtsgeschäfts nur ihn treffen, unterliegt seine Willenserklärung keiner Beschränkung: sie trifft sein eigenes Vermögen, über das er freie Verfügungsgewalt besitzt. Anders beim Mundwalt! Seine Zustimmung ist nicht eine Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung, sondern kraft Aufsichtsrechts. Die Erteilung einer solchen allgemeinen Zustimmung: „Mache, was Du willst, ich willige in alles" würde nicht die Ausübung eines Aufsichtsrechts, sondern die Entledigung dieses Rechts bedeuten. Gleichzeitig würde sie eine Verletzung einer Pflicht darstellen, da nach den §§ 1627 und 1793 B.G.B. der Vater und Vormund nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht haben, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen.

δδ)

Noch weitere Bedenken stehen der Zulassung des Generalkonsenses entgegen. Sie steht in Widerspruch zu den Grundgedanken der Bestimmung über die Geschäftsfähigkeit, nämlich dem Prinzip, den Minderjährigen gegen Übervorteilung und eigene Unüberlegtheit zu schützen. Es ist der Schutz der geistig noch Schwächeren gegen Gefahren, welche die Teilnahme am Rechtsverkehr mit sich bringt und die bei den Minderjährigen infolge ihres Alters bestehen. Freilich braucht nicht immer die rechtliche Handlungsfähigkeit der individuellen Reife zu entsprechen, da wir nicht, wie das französische und schweizerische Obligationenrecht, jeden einzelnen Fall einer Prüfung unterziehen, sondern dem gemeinen Recht folgen und die Geschäftsfähigkeit an mathematische Altersgrenzen knüpfen, was immer etwas Willkürliches an sich trägt.[75]) Die Vorschriften selbst aber tragen den Gedanken des Schutzes der Minderjährigen im Rechtsverkehr.[76]) Das ist auch der Grund, weshalb § 107 B.G.B. die Einwilligung des gesetz-

---

lungsfähigkeit, S. 172. Endemann, Lehrb., I S. 414. Meyer, Zur Auslegung der §§ 1829/1832 in Gruch. Beitr. 1908, Bd. 52 S. 4. Oertmann, B.G.B., I S. 563 Anm. 5.

[74]) Siehe v. Blume in Jherings Jahrb., Bd. 48 S. 424.

[75]) Protokolle, S. 49.

[76]) Breit, Geschäftsfähigkeit, 1. Hälfte, S. 19.

lichen Vertreters zu lästigen Verträgen anordnet: in jedem einzelnen Falle soll er prüfen, ob der Vertrag für den Minderjährigen vorteilhaft ist oder nicht. Bei einem Generalkonsens, der eine Einwilligung zu einem Kreise von Rechtsgeschäften enthält, ist aber eine derartige Prüfung nicht möglich, die Folgen sind nicht mehr zu übersehen und der Minderjährige nicht vor Schaden zu bewahren. Sogar Kohler[77]), der den Generalkonsensstandpunkt vertritt, erklärt: „Der Grund der Ausnahmebestimmungen liegt nicht in der Vernunftlosigkeit, sondern in der Gefahr, die der Geschäftsbeschränkte liefe, wenn seine Verfügungen Erfolg hätten" und auch James Breit[77a]) erblickt in ihnen ihrer rechtlichen Natur nach einen Schutz des Mündels: „Die Geschäftsbeschränkung bezweckt nur den Schutz des Geschäftsbeschränkten, nicht den dritter Personen." Man könnte vielleicht einwenden, daß, wollte man bei § 110 B.G.B. von einem Vertrage sprechen, zu dem eine Einwilligung nicht vorliegt, damit gerade dieses Schutzprinzip durchbrochen wäre. Das hieße jedoch den Charakter des § 110 B.G.B. als eine Ausnahmebestimmung gegenüber dem Schutzprinzip verkennen, das trotz des § 110 B.G.B. die Vorschriften der §§ 107 ff. B.G.B. beherrscht.

Schließlich überlege man sich die praktischen Folgen, zu denen die Zulassung eines Generalkonsenses kraft Aufsichtsrechts führen würde. Gäbe es nämlich einen solchen Generalkonsens, so wären entweder in jedem Fall[78]) oder mindestens dann, wenn der Minderjährige nicht mit ausreichenden Mitteln versehen ist,[79]) die Kreditgeschäfte des Minderjährigen gültig, da die Einwilligung nicht nur die Verfügung des Minderjährigen, sondern auch die obligatorischen Verträge mit Rechtswirksamkeit ausstattet. Bekommt also der Minderjährige Mittel zur freien Verfügung, schließt einen Kreditkauf ab, vergeudet aber daraufhin das Geld, so wäre, hielte man eine generelle Einwilligung für zulässig, der obligatorische Kaufvertrag wirksam. Der Minderjährige könnte mehrere Verträge abschließen, die in ihrem Gesamtbetrag die erhaltene Summe weit übersteigen.[80]) Er könnte sich Sachen, die objektiv notwendig sind, mehrmals kaufen und wieder verkaufen, um sich auf diese Weise Geld zu verschaffen: z. B. der Student, dem der Vater

---

[77]) Kohler, Bürg. Recht, Bd. I, 1. Aufl. 1906, § 106, III S. 279.

[77a]) Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 19 ff. Ähnlich Eckart, Über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, Diss. Berlin 1908, S. 15, der als Zweck des Instituts der gesetzl. Vertretung die Sicherung des Interesses der beschr. Geschäftsfähigkeit bezeichnet.

[78]) Staudinger, a. a. O. § 110 Anm. 2.

[79]) Dernburg, Die allg. Lehren des Bürg. Rechts, 3. Aufl. 1906, § 120 Anm. 11. Rehbein, Das B.G.B. mit Erläut., Bd. I, 1899, S. 112.

[80]) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines B.G.B., S. 148.

Geldmittel zum Studium überlassen hat, kauft sich ein Bürgerliches Gesetzbuch, um es am anderen Tage zu verkaufen und ein neues zu erstehen usw. . . .; sieht man in der Überlassung der Geldmittel einen Generalkonsens, so folgt daraus die Einwilligung zum Ankauf eines jeden dieser Bücher, das ja zum Studium objektiv notwendig ist, da der Minderjährige dann, wenn er es anschafft, das alte nicht mehr besitzt. Zur Verhütung dieser Folgen soll nach Enneccerus „die Absicht des Vertreters", nach Dernburg „die Umstände" maßgebend sein, die der Gegenkontrahent doch aber in der Regel nicht kennen wird. Wohin führt nun die Gültigkeit der Verträge? Der Minderjährige müßte sie alle erfüllen und es wäre, um mit dem Ausdruck der Motive[81]) zu sprechen, dem Leichtsinn „Tür und Tor geöffnet", der Schutz des Minderjährigen illusorisch und gerade das, was die §§ 107 ff. B.G.B. verhindern wollen, erreicht: eine Schädigung des Minderjährigen.

Also auch praktische Erwägungen geben zu den größten Bedenken gegen den Generalkonsens kraft Aufsichtsrechts Anlaß.

γ)

Die Ansicht, daß die Einwilligung des § 107 B.G.B. nur eine spezielle sein kann, wird endlich auch noch in einer Entscheidung des O.L.G. Frankfurt a. M. vom 16. Dezember 1902 vertreten.[82]) Danach kann die Genehmigung des § 108 B.G.B. Abs. 3 rechtsverbindlich nur „in bezug auf ein konkretes einzelnes Rechtsgeschäft" abgegeben werden. Zur Begründung wird u. a. angeführt, daß das B.G.B. die generelle Genehmigung nur als Ausnahme anerkennt, nämlich in den Fällen der §§ 112, 113. Der Minderjährige kann also, falls er nicht gemäß §§ 112, 113 partiell geschäftsfähig ist, Rechtsgeschäfte ohne besondere Zustimmung nur nach den Bestimmungen des § 110 B.G.B. wirksam abschließen, nämlich durch Erfüllung mit überlassenen Mitteln.

Alle angeführten Gründe ergeben, daß in der Überlassung von Mitteln zu freier Verfügung an den Minderjährigen eine Zustimmung zu dem obligatorischen Geschäft, das der Minderjährige vorgenommen hat oder vornehmen will, nicht liegt.

b)

Endlich ist darzulegen, daß auch in der Überlassung von Mitteln zu diesem Zweck, d. h. zur Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung, sich eine Zustimmung nicht kundgibt.

Der Unterschied zwischen „Überlassung von Mitteln zu freier Verfügung" und zur Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung —

[81]) Motive, I S. 147.
[82]) Recht, Bd. III S. 127.

„zu diesem Zwecke" — beruht auf der Zweckgebundenheit des Minderjährigen bei der Verwendung der Mittel. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist eine Zustimmung nicht kraft Rechtsbeteiligung, sondern kraft Aufsichtsrechts, die ihrer Natur nach nur zu einem konkreten Rechtsgeschäft erteilt werden kann. Daraus folgt, daß der Natur der Zustimmung durch Kenntnis des zu erreichenden wirtschaftlichen Zweckes noch nicht genügt wird; der wirtschaftliche Zweck reicht noch nicht zur Konkretisierung des Rechtsgeschäfts aus. Das lehrt auch das Gesetz. Denn § 107 B.G.B. besagt ausdrücklich: die Willenserklärung des Minderjährigen bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, soweit sie ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Die Willenserklärung also, mit dem Inhalt und der Form, wie sie der Minderjährige abgibt, sie muß von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gedeckt sein, der wirtschaftliche Zweck ist nicht ausreichend.[83]) Eine genügende Beziehung der in der Überlassung liegenden Zustimmung zu dem tatsächlich abzuschließenden einzelnen Geschäfte ist sogar dann noch nicht vorhanden, wenn der gesetzliche Vertreter das Geld z. B. dem Sohn gibt, um seine Schulden zu bezahlen, oder zum Kauf von Studienbüchern; denn auch hier ist der obligatorische Vertrag noch nicht genügend konkretisiert, weil die „typischen Rechtswirkungen", d. h. die rechtlichen Wirkungen des bestimmten Vertrages, die je nach dem konkreten Vertrage von einander abweichen, hier noch nicht Gegenstand der Einwilligung geworden sind.[84]) Sie sind so lange nicht erkennbar, als man nicht den Vertrag mit diesem Inhalt kennt. Man könnte also auch in der Überlassung zu diesem Zwecke höchstens nur eine generelle Einwilligung erblicken. Diese aber ist unzulässig. Daraus folgt, daß auch diese obligatorischen Verträge ihre Wirksamkeit erst durch die Erfüllung erhalten. In der Überlassung von Mitteln zu diesem Zweck ist also eine Zustimmung wegen der Natur der Zustimmung, d. h. ihrer rechtlichen Beziehungen zum Kausalgeschäft, auch nicht zu erblicken.

c)

Aus dem Fehlen der Zustimmung bei Überlassung von Mitteln zu freier Verfügung und bei Überlassung von Mitteln zu vertragsmäßiger Leistung ergibt sich, daß das Gesetz wohl auch mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Verkehrssicherheit des Publikums die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrages nicht an die Zustimmung, sondern an die Er-

---

[84]) Crome, System, Bd. I § 83, 11, 3. Oertmann, § 110, 4 a.

[83]) So Grzebinasch, Die Überlassung fr. Mittel an Minderjährige (B.G.B. § 110), Diss. Heidelberg 1912, S. 39.

füllung des obligatorischen Vertrages knüpft, daß durch die Erfüllung der „ohne Zustimmung" abgeschlossene Vertrag wirksam wird. Wenn aber das Gesetz seine Wirkung nicht an die Überlassung der Mittel, sondern an die Erfüllung anknüpft, ist es gleichgültig, ob der Vertrag mit überlassenen Mitteln oder mit eigenen Mitteln erfüllt wird. Das ist der Grund, weshalb „Mittel, über die der Minderjährige von Natur aus verfügen kann, den ihm vom Vertreter überwiesenen in ihrer Bedeutung gleichstehen".[85])

Eine analoge Anwendung des § 110 B.G.B. bei Dienst- und Arbeitsleistungen Minderjähriger ist daher statthaft, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 110 B.G.B. gegeben sind.

d) α)

Als eine dieser Voraussetzungen bezeichnet Oertmann[86]) die lediglich schwebende Unwirksamkeit des Vertrages und meint,[87]) daß § 110 B.G.B. neben dem Fall des verbotswidrigen oder unsittlichen Inhalts auch dann „offenbar nicht mehr zur Anwendung komme", wenn der Vertrag durch verweigerte Genehmigung im Sinne von § 108 B.G.B. oder Widerruf nach § 109 B.G.B. endgültig wirkungslos gemacht sei.

Setzt nun § 110 B.G.B. einen schwebend unwirksamen Vertrag voraus oder ist § 110 B.G.B. auch dann anwendbar, wenn der Vertrag bereits durch Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam geworden ist?

Wäre der Vertrag nichtig, — und Marwitz[88]) hält ihn fälschlich für nichtig — so könnte der Minderjährige nur den Wert seiner Leistungen erstattet erhalten (§§ 812, 818 B.G.B.), der nicht mit dem vertragsmäßig festgesetzten Lohn übereinzustimmen braucht. Unwirksamkeit und Nichtigkeit sind aber nicht identisch, vielmehr kann ein Vertrag unwirksam sein, ohne nichtig zu sein, er kann aber nicht nichtig sein, ohne unwirksam zu sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch nennt nämlich die Rechtsgeschäfte, die der Minderjährige ohne den erforderlichen Beistand des gesetzlichen Vertreters abschließt, nicht, wie die Willenserklärung des geschäftsunfähigen Kindes, nichtig, sondern nur unwirksam (§§ 111, 108 B.G.B.). Der Gebrauch des Wortes unwirksam schließt nicht die

---

85) Diese Behauptung ohne Begründung. Dernburg, Die allg. Lehren, § 122, 5; ebenso Biermann, Bürg. Recht, § 61 Anm. 17; Hölder, § 110, 2 b; Warneyer, § 110, 1.

86) Oertmann, a. a. O. § 108, 5.

87) Oertmann, a. a. O. § 110, 5 b.

88) Marwitz, Der Bühnenangagementsvertrag, Berlin 1912, S. 19, 20. Marwitz, „Der neue Weg", Organ der Bühnengen., 39. Jahrg. 1910, S. 725 ff.

Gleichstellung mit Nichtigkeit aus. Das beweist § 344 B.G.B., wonach, wenn das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam erklärt, auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam ist, selbst wenn die Parteien „die Unwirksamkeit“ des Versprechens gekannt haben. Aus dem dieser Vorschrift dienendem Zweck der Charakterisierung der Vertragsstrafe als eines akzessorischen Rechts geht hervor, daß hier unter Unwirksamkeit auch Nichtigkeit verstanden wird, da eine Vertragsstrafe erst recht dann unwirksam sein muß, wenn das Versprechen z. B. wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig ist.[89]) Diese die Nichtigkeit zugleich einschließende Bedeutung besitzt die Unwirksamkeit jedoch nur in sehr wenigen Fällen (§§ 344, 409, 2085, 2298, 2339 Abs. 2),[90]) und in diesen Fällen nur da, wo es sich nicht lediglich um den Mangel einer Wirksamkeitsvoraussetzung handelt.

Warum sollte das Gesetz in den §§ 108, 111 B.G.B., wenn es den Grund des Mangels einer Rechtswirksamkeit in der Nichtigkeit sähe und nicht in dem Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung, diese Rechtsgeschäfte nicht als nichtig bezeichnen, sondern Unwirksamkeit als die Folge der Nichtigkeit eintreten lassen, obwohl Nichtigkeit schwerwiegender ist als Unwirksamkeit?

Schließlich wäre es aber auch eigenartig, hätte man die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, die man im Entwurf infolge der noch mangelnden Kenntnis des Unterschieds zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit noch nichtig[91]) nannte, später ohne Grund anders bezeichnen wollen als die des geschäftsunfähigen Kindes, wenn sie sich nicht, und zwar eben durch ihre wirkliche rechtliche Existenz, von letzteren unterschieden.[92]) In den §§ 108, 111 B.G.B. handelt es sich demnach nicht um Unwirksamkeit im weiteren Sinne, sondern um Unwirksamkeit im engeren Sinne, einem besonderen Begriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der alle diejenigen Fälle umfaßt, „bei denen trotz des Vorhandenseins einer gültigen Willenserklärung dennoch der Rechtserfolg ausbleibt“.[93]) Gebraucht aber das Gesetz diesen Begriff in den §§ 108, 111 B.G.B., so ergibt sich daraus, daß die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen rechtlich wirklich zur Existenz ge-

[89]) Kistemaker, Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, Diss. Erlangen 1910, S. 10.

[90]) Alexander, Der Begriff der Unwirksamkeit in Eberings rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, Bd. 17, 1903, S. 16—20.

[91]) Entwurf, I § 65 Abs. 3 Satz 2.

[92]) Alexander, a. a. O. S. 22.

[93]) Hachenburg, Vortrag über das B.G.B., 2. Aufl 1900, S. 33.

langen[94]) und gültig[95]) sind und sich gerade dadurch von denen der Geschäftsunfähigen unterscheiden.[96])

β) αα)

Wenn also der Vertrag zwischen Minderjährigem und Dritten zwar unwirksam ist, so bedeutet diese Unwirksamkeit jedoch nicht Nichtigkeit, sondern nur eine Unwirksamkeit im engeren Sinne. Da der § 110 B.G.B. seine Wirkung nicht an die Zustimmung, sondern an die Erfüllung knüpft, der zugrundeliegende Vertrag sowieso als von Natur aus wirksamer Vertrag auch vom Gesetz nicht angesehen wird, liegt kein Grund vor, die analoge Anwendung des § 110 B.G.B. dann abzulehnen, wenn der obligatorische Vertrag nicht noch schwebend unwirksam, sondern bereits endgültig unwirksam geworden ist.

Das Gesetz bestätigt das. Es spricht von einem „ohne Zustimmung" des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrage. „Ohne Zustimmung" heißt aber nicht nur, es fehlt schlechthin an einer Erklärung des gesetzlichen Vertreters, sondern heißt ebenso, die Erklärung des gesetzlichen Vertreters besteht darin, daß er nicht zugestimmt hat, d. h. daß er seine Genehmigung, die nachträgliche Zustimmung, oder seine Einwilligung, die dem Vertrag vorausgehende Zustimmung, verweigert hat.

ββ)

Noch einen zweiten Anhaltspunkt dafür, daß § 110 B.G.B. auch bei endgültig unwirksamem Vertrage anwendbar ist, bietet das Gesetz. Es fingiert in § 110 B.G.B. die Wirksamkeit des Vertrages: „Der Vertrag gilt als von Anfang an wirksam." Fingiert werden kann nur eine Tatsache, deren wirklicher Charakter sich aus der Verneinung der Fiktion ergibt. Eine Verneinung der Fiktion führt aber dazu, daß der Vertrag an sich unwirksam ist. Die Unwirksamkeit des Vertrages schließt also die analoge Anwendung des § 110 B.G.B. nicht aus.[97])

Der § 110 B.G.B. gelangt daher auch dann zur Anwendung, wenn der gesetzliche Vertreter die Genehmigung verweigert, der Minderjährige aber nichtsdestoweniger die Dienstleistung erbracht hat.

---

[94]) Oettinger, Begriff der Unwirksamkeit, Diss. Rostock 1904, S. 23/24.

[95]) Oertmann, a. a. O. § 111 Anm. 3

[96]) Anders: Landsberg, Das Recht des B.G.B., Bd. I 1904, S. 175.

[97]) Bruns, Die Bewirkung der Leistung im Sinne des § 110 B.G.B., Diss. Erlangen 1911, S. 22.

Schluß.

Die Bedeutung der analogen Anwendbarkeit des § 110 B.G.B. bei Arbeits- und Dienstleistungen Minderjähriger liegt auf arbeitsrechtlichem Gebiet. Sie besteht einmal darin, daß dem Minderjährigen kraft Gesetzes ein Lohnanspruch gewährt wird, der anders als ein sonst vielleicht zu berücksichtigender Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag die Vorteile genießt, die unsere Rechtsordnung dem Lohnanspruch zubilligt (Aufrechnungs-, Pfändungsverbot, Konkursvorrecht usw.).

Andererseits ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 110 B.G.B. bei Arbeits- und Dienstleistungen Minderjähriger, daß lediglich an den Zustand, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird, nicht an das Vorhandensein eines gültigen Arbeitsvertrages sich zivilrechtliche Rechte und Pflichten knüpfen. Diese Erscheinung kann nicht hinreichend gewürdigt werden, ohne auf die Bedeutung des sog. Arbeitsverhältnisses im Sinne des Zustandes, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird, im sonstigen Arbeitsrecht hinzuweisen.

Hier ist der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Gegensatz zum Arbeitsvertrage am frühesten in der Sozialversicherung erkannt worden. Nach §§ 165, 1226 R.V.O. ist Voraussetzung der Kranken- und Invalidenversicherung, daß die Arbeiter, Gehilfen und sonst genannten Personen beschäftigt werden, nach § 544 R.V.O. sind gegen Unfälle versichert Arbeits- und Betriebsbeamte, „wenn sie in bestimmten Betrieben oder Tätigkeiten beschäftigt sind“. Ebenso sind nach § 1 A.V.G. diejenigen Angestellten versichert, „die gegen Entgelt in einem Dienstverhältnis beschäftigt werden“.

In ständiger Rechtsprechung hat nun das Reichsversicherungsamt betont, daß nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die versicherungsrechtlichen Rechte und Pflichten nicht von der Existenz eines gültigen Arbeitsvertrages bedingt sind, sondern lediglich von dem Vorhandensein eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses.

Lediglich an das Arbeitsverhältnis und nicht an den Arbeitsvertrag knüpfen auch die sog. Arbeitsschutzgesetze an, die Arbeitszeitverordnungen und das Kinderschutzgesetz.[1] Die Arbeitszeitverordnungen sprechen nicht von Vertragsverhältnissen, sondern nur von Beschäftigung, ebenso das Kinderschutzgesetz, das für eigene und fremde nicht auf Grund eines Dienstvertrages, sondern in Ausübung der Zwangserziehung beschäftigte Kinder gilt.

[1] Gesetz vom 20. 3. 1903, ergänzt durch Gesetz vom 31. 7. 1925.

Weiterhin ist die Pflicht zur Errichtung eines Betriebsrates gemäß § 1 Betr.R.Ges. nicht von dem Abschluß von Dienstverträgen mit 20 Arbeitnehmern, sondern von deren Beschäftigung abhängig gemacht, so daß, wenn dieses Beschäftigungsverhältnis infolge Streiks oder Aussperrung ruht, auch das Betriebsräteamt nicht unterbrochen wird, sondern ebenfalls nur ruht und mit Aufnahme der Arbeit wieder auflebt.[2])

Fernerhin hängt lediglich vom Arbeitsverhältnis, nicht aber vom Bestehen gültiger Arbeitsverträge die Verbindlichkeit der obligatorischen Arbeitsordnung gemäß § 134 c G.O. ab,[3]) und nur an das Beschäftigungsverhältnis knüpft § 2 des Kündigungsschutzgesetzes vom 9. Juli 1926 seine Wirkungen an, so daß es gleichgültig ist, ob ein Angestellter sofort etwa als Abteilungsleiter beschäftigt wird oder erst als Arbeiter Dienste tut. Da das Arbeitsverhältnis, auf das es § 2 des Kündigungsschutzgesetzes allein abstellt, nicht unterbrochen wird, ist auch die als Arbeiter zurückgelegte Dienstzeit anzurechnen.[4])

Schließlich ist das Beschäftigungsverhältnis und nicht der Abschluß eines gültigen Einzelarbeitsvertrages von Bedeutung für die Rechte und Pflichten des unter Tarifvertrag stehenden Arbeitnehmers und Arbeitgebers. Diese Rechte und Pflichten entstehen m. E. auch dann, wenn ein gültiger Einzelarbeitsvertrag nicht besteht oder bestehen kann. Denn nicht der Abschluß eines gültigen Einzelarbeitsvertrages, sondern das Beschäftigungsverhältnis ist für diese Rechte und Pflichten die condicio sine qua non. Das ergibt am besten der Wortlaut des § 1 der T.V.O.,[5]) der davon spricht, daß „Arbeitsverträge zwischen den beteiligten Personen insoweit unwirksam sind, als sie von der tariflichen Regelung abweichen", und nicht, daß „die" Arbeitsverträge insoweit keine Wirkung besitzen. Indem der § 1 T.V.O. den bestimmten Artikel vor „Arbeitsverträge" vermeidet, gibt er zu erkennen, daß diese Wirkung eben nur dort eintreten soll, wo Einzelarbeitsverträge re vera geschlossen sind, daß aber dort, wo derartige Einzelarbeits-

---

[2]) Entsch. d. R.A.G. u. d. L.A.G. (Flatow, Hueck, Gerstel, Nipperdey), Bd. II S. 52, 58, 189. Bensh. Samml., Bd. 4 R.A.G. S. 127, S. 100. Rechtspr. des Arbeitsrechts (Potthof, Jadesohn, Meißinger), 2. Aufl. 1914/1927, Nr. 1854—1863.

[3]) Potthof, Reform des Arbeitsverhältnisses, J.W. 1927, S. 228. dey, Beiträge zum Tarifrecht, S. 9 ff.; Dersch-Flotow-Hueck-Nipperdey, Rechtspr. des R.G. I S. 27 ff.; Bensh. Samml. Bd. 1 S. 99, 112.

[4]) Entsch. d. R.A.G. u. d. L.A.G. (Flatow, Hueck, Gerstel, Nipperdey), Bd. I S, 17, 35. Rechtspr. d. Arbeitsrechts (Potthof, Jadesohn, Meißinger), 2. Aufl. 1914/1927, Nr. 2905, 2908, 2923, 2924; a. A. Nr. 2925. R.A.G., J.W. 1928, S. 1075; ebenso Potthof, Die Werkm.-Ztg. 1927, Nr. 5. Baum, J.W. 1926, 2049.

[5]) T.V.O. i. d. Fassung vom 1. 3. 1928 (R.G.Bl., I S. 47).

verträge nicht eingegangen worden sind, die Regelung Nachsatzes des ersten Satzes des § 1 T.V.O. nicht Platz greifen, sondern es bei den im Tarifvertrage festgesetzten Rechten und Pflichten verbleiben soll. Man wende gegen diese Beweisführung nicht ein, die Tarifvertragsverordnung gehöre der Zeit flüchtiger Gesetzgebung an und sei daher einer wörtlichen Auslegung nicht fähig: auch andere Gesetze wie das Betriebsrätegesetz weisen diesen Stempel der Flüchtigkeit auf und doch hält man am Gesetzeswortlaut fest, weil das Interesse der Rechtssicherheit eine andere Art der Auslegung nicht zuläßt. Nur diese Auslegung aber wird m. E. dem Sinn der Tarifvertragsverordnung als einer gesetzlichen Kollektivregelung gerecht und nur so erkennt man, daß die Rechte und Pflichten des unter Tarifvertrag stehenden Arbeitnehmers und Arbeitgebers die vom Tarifvertrag ausgestrahlten Rechte und Pflichten darstellen, die vom Beschäftigungsverhältnis als Grundfläche auf die Rechtssphäre des einzelnen Arbeitnehmers und Arbeitgebers reflektiert werden.[6]) Man kann diese Rechte und Pflichten des einzelnen Arbeitgebers und Arbeitnehmers daher als Reflexrechte bezeichnen, auf die zu verzichten dem einzelnen Arbeitnehmer wegen ihres Charakters als Reflexrecht unmöglich ist[7]) und deren Abdingbarkeit zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers infolge ihres Ursprungs aus dem Tarifvertrage und nicht dem Einzelarbeitsvertrage Berücksichtigung des Interesses der g e s a m t e n Arbeitnehmerschaft erheischt.[8])

Aus der Natur des Reflexrechts ergibt sich fernerhin aber auch die Rechtskraftwirkung eines dem Verbande gegenüber ergangenen Urteils bezüglich des Inhalts des Tarifvertrages auf dessen Mitglied und umgekehrt.[9])

Die hier geschilderte Reflextheorie sieht vom Einzelarbeits- v e r t r a g e ganz ab und wird damit sowohl den tatsächlichen Verhältnissen als auch den Rechtsanschauungen des Volkes eher gerecht als jene Richtung, die am Einzelarbeitsvertrage festhält. Die tatsächlichen Verhältnisse liegen nämlich in den meisten Fällen so, daß der Arbeiter, ohne an den Abschluß eines Vertrages zu denken,

---

[6]) S. ähnliche Gedanken Potthof, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, S. 22: „Nicht das einzelne Individium, sondern die Gemeinschaft, in erster Linie der Berufsverband ist Träger von Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis.

[7]) Anderer Ansicht: R.A.G. und L.A.G. a. a. O. Bd. II S. 1, 9, 85, 255; R.A.G., J.W. 1928, S. 1077 Nr. 2, S. 1243 Nr. 1, S. 1664 Nr. 4, S. 1666 Nr. 5.

[8]) R.G.Z. v. 27. 11. 25: J.W. 1927 S. 241, 223; Gewerksch.Ztg. Arb.R. 26 S. 18; R.Arb.Bl. 26 S. 110; N.Z.f.A.R. 26 Sp. 172; Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, S. 9 ff.; Dersch-Flotow-Hueck-Nipperdey, Rechtspr. des R.G. I S. 27 ff.; Bensh. Samml. Bd. 1 S. 99, 112.

[9]) So bereits im Ergebnis: L.A.G. Dresden v. 13. 7. 28 (D.Richter-Ztg. 28 Beil., S. 371).

dem Betriebe organisatorisch eingegliedert wird, daß er also die sog. „Betriebszugehörigkeit“ (siehe § 21 Betr.R.Ges.) erlangt und die mit ihr verbundenen Rechte. Molitor hält es deshalb sogar für richtig,[9a] alle Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers lediglich aus seinem Verhältnis zum Betrieb zu konstruieren und den Betrieb als den personifizierten Arbeitgeber zu betrachten. Die Reflextheorie entspricht aber auch den Rechtsanschauungen des Volkes, das auch heute noch der kirchlichen und mittelalterlichen Auffassung jenes Satzes huldigt, der besagt: „Jede Arbeit ist ihres Lohnes wert.“[10])

Diese Reflextheorie beruht auf dem Begriff des Arbeitsverhältnisses, das, wie dargestellt, durch alle arbeitsrechtlichen Vorschriften hindurch zieht. Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ist es nicht bloß auf § 110 B.G.B. beschränkt, sondern kehrt auch in anderen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in bewußtem oder unbewußtem Gegensatz zum Arbeitsvertrage wieder.[10a])

Ist dem aber so, so kann als Keimzelle des Arbeitsrechts im Gegensatz zu Lotmar, Kaskel, Sinzheimer, Nipperdey, Hueck, Erdel und Melsbach nicht mehr der **Arbeitsvertrag** angesehen werden. Vielmehr ist der Arbeitsvertrag bereits de lege lata durch das **Arbeitsverhältnis** verdrängt und die Verknüpfung des Arbeitsrechts mit dem Arbeitsvertrage daher obsolet geworden.

Für das Vorhandensein eines solchen Arbeitsverhältnisses ist aber gleichgültig, ob der Arbeitnehmer sich im Zustand freier Willensbestimmung befindet oder geisteskrank ist. Denn das Arbeitsrecht hat es nicht mit dem Menschen als Rechtssubjekt zu tun, sondern „mit dem Menschen als solchem. **Der Mensch als Arbeiter ist das Rechtsgut, das geschützt, aber auch gepflegt, zur Entfaltung gebracht und betreut werden soll**“.[11]) Seine Stellung ist deshalb eine andere als die des gewöhnlichen „Kontrahenten“,[12]) der uns

---

[9a]) Vortrag über die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, gehalten am 27. 11. 1928 im Institut für Arbeitsrecht zu Leipzig, jetzt als Buch erschienen.

[10]) Rosenstock, Eugen, Die Werkstattaussiedlung, Berlin 1922. Sozialpsychologische Forschungen, Bd. II S. 189/90. Molitor, Zur Geschichte des Arbeitsvertrages, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht u. Konkursrecht, 87. Bd., 1924, S. 379. Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes, v. Gierkes Unters. VI S. 84. Könnecke, Rechtsgesch. des Gesindes, S. 606 f.

[10a]) Siehe Schwenk, Die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für das B.G.B. in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1929 Heft 3.

[11]) Rosenstock, Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts, J.W. 1922, S. 561.

[12]) Rosenstock a. a. O.

in den „Fällen"[13]) des Rechtsverkehrs entgegenzutreten pflegt und den wir mit den im Bürgerlichen Gesetzbuch fest verankerten Begriffen des Vertragsrechts und des Rechts der Willenserklärungen betrachten.

Eine gleiche Behandlung des Arbeiters wie die dieses gewöhnlichen „Kontrahenten" ist und muß falsch sein.[14]) Denn „seine Arbeit ist legitim, auch wenn der Arbeitsvertrag nichtig ist, wie die Kinder aus nichtigen Ehen legitim sind".[15])

Ziehen wir aus alledem die Folgerungen für den Begriff des Arbeitsrechts, so muß dieser vom Arbeits*vertrage* ganz unabhängig sein. Er muß also lauten:

Arbeitsrecht ist der Inbegriff der Rechtsnormen, die das Arbeits*verhältnis* regeln.[16])

---

[13]) Rosenstock, J.W. 1922, S. 561.

[14]) Siehe auch Rosenstock, Vom Industrierecht, Festgabe Xaver Gretener zum 50 jähr. Doktorjubiläum, 1926, S. 144.

[15]) Rosenstock, Vom Industrierecht, S. 144. Denkschrift zum allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzentwurf, 28. Sonderheft des Reichsarbeitsblatts, 1923, S. 30 ff.

[16]) Ähnlich bereits Richter, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, S. 23. Potthof, Reform des Arbeitsverhältnisses, J.W. 1927, S. 228.

Literaturverzeichnis.

1. Kommentare.

Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.

Kuhlenbeck, L.: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins, Band I, Auflage 2, 1903.

Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, 6. Auflage, Berlin 1912.

Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, 1. Hälfte, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1913.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, I. Band, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 1928.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 9. Auflage, 1925 (§§ 104—240 B.G.B.).

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Lieferung, 1919.

2. Lehrbücher.

Biermann, Joh.: Bürgerliches Recht, I. Band, Berlin 1908.

Crome, Karl: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Tübingen und Leipzig 1900.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, Auflage 7, 1921.

Dernburg, Heinrich: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Halle 1906.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Band I, 4. Auflage, Halle 1884.

Eccius: Preußisches Privatrecht, Band II, 6. Auflage, Berlin 1892.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 9. Auflage, Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, 1, Allgemeiner Teil, 22.—24. Auflage, Marburg 1924.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, I. Band, 1. Auflage, Leipzig 1895.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1901.

Kipp-Windscheid: Pandekten, I, 8. Auflage, Frankfurt a. M. 1900.

Kohler, J.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, 1906.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, I, 1904.

Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Auflage 6 bis 7, 1914.

Regelsberger: Pandekten, Leipzig 1893.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, I. Band, Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Berlin 1899.

Scherer: Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 1. Auflage, Erlangen 1897.

Stobbe: Deutsches Privatrecht, Band I, 3. Auflage, Berlin 1893.

v. Thur, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.

3. Monographien und Aufsätze.

Alexander: Der Begriff der Unwirksamkeit, in Eberings rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, Band 17, 1903.

Bernhöft: Das Bürgerliche Recht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901.

v. Blume: Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, in Iherings Jahrbüchern, Band 48 S. 423.

Breit: Die Geschäftsfähigkeit, Band I, 1. Hälfte, Leipzig 1903.

— Zur Lehre von der vormundschaftlichen Genehmigung, im „Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat“, 4. Jahrgang, 1904.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Band I, 1903.

Fritze: Die stillschweigende Willenserklärung im B.G.B., Arch. Bürg. Recht, Band 140 S. 215.

Hachenburg, M.: Vorträge über das B.G.B., 2. Auflage, Mannheim 1900.

Heinzerling: Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach gemeinem Recht unter Berücksichtigung der Partikularrechte und des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft, Neue Folge, Band 17.

Hölder: Zum allgemeinen Teile des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, im Arch. f. ziv. Praxis, Band 96 S. 410.

Ihering: Kritisches und Exegetisches Allerlei, in „Gesammelte Aufsätze aus den Lehrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“, Band II, 1888.

Marwitz, Bruno: Der Bühnenengagementsvertrag, Berlin 1902.

— Vertragserfüllung durch geschäftsbeschränkte Schauspieler, in „Der Neue Weg“, Organ der Bühnengenossenschaft, 39. Jahrg., Heft 24, S. 725.

Meyer: Zur Auslegung der §§ 1829—1832, in Gruch. Beitr., Band 52, 1908.

Oertmann, Paul: Vertragserfüllung durch geschäftsbeschränkte Schauspieler, in „Der Neue Weg“, Organ der Bühnengenossenschaft, 39. Jahrgang, Heft 21, S. 637; Heft 25, S. 749.

Potthof: Reform des Arbeitsverhältnisses, in J.W. 1927, S. 228.

Richter, Lutz: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff.

Rosenstock, Eugen: Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts, in J.W. 1922, S. 561.

— Die Werkstattaussiedlung, Sozialpsychologische Forschungen, Bd. II, Berlin 1922.

— Vom Industrierecht, Festgabe Xaver Gretener, 1926.

Zitelmann, Ernst: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Becker und Fischers Beitr. zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 7. und 8. Heft, Berlin 1889.

4. Dissertationen.

Bruns, Otto: Die Bewirkung der Leistung im Sinne des § 110 B.G.B., Diss. Erlangen 1911.

Eckart: Über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, Diss. Berlin 1908.

Grzebinasch, Benno: Die Überlassung freier Mittel an Minderjährige (B.G.B. § 110), Diss. Heidelberg 1912.

Janke: Vertr. der Minderjährigen, Diss. Greifswald 1901.

Kistemaker: Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, Diss. Erlangen 1910.

Kräußlich: Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, Diss. Erlangen 1898.

Oettinger: Begriff der Unwirksamkeit, Diss. Rostock 1904.

Rosendorf: Erläuterungen des § 110 B.G.B., Diss. Jena 1910.

Lebenslauf.

Am 18. Februar 1906 wurde ich in Oels, Schles., als Sohn des Kaufmanns Max Schwenk und seiner Ehefrau Dora geb. Sochaczewski geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule und neunjährigem Besuch des Staatlichen Gymnasiums zu Oels erlangte ich am 26. Februar 1925 das Zeugnis der Reife und widmete mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar an den Universitäten München, Berlin, Breslau und Leipzig.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Bruck, Fischer, Frank, Gretener, Gruber, Heilborn, Helfritz, Jacobi, Jäger, Kipp, Kisch, Molitor, Lutz Richter, Rosenstock, Rothenbücher, Schmidt-Rimpler, Schott, Stammler, Titze, Wegener, Wenger, Martin Wolff.

Allen diesen Herren bin ich zu großem Danke verpflichtet, besonders aber erlaube ich mir, Herrn Professor Dr. Rosenstock, Breslau, für Anregung und Förderung zu danken.

Heinz Schwenk.